

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY150044-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss und Urteil vom 5. Oktober 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagter / Massnahmenkläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin / Massnahmenbeklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Scheidung auf Klage (Vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 23. Juli 2015; Proz. FE140079

Rechtsbegehren:

- des Beklagten und Massnahmeklägers (act. 5/30 S. 2; Prot. Vi S. 6):
 - "1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller für die Pflege und Erziehung der Kinder C._____, geboren tt.mm.1997, und D._____, geboren tt.mm.1999, einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 1'500.--, zuzüglich Kinderzulagen, zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, erstmals auf den 1. November 2014.
 2. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller für sich persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.-- zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, erstmals auf den 1. November 2014.
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.
 4. Dem Gesuchsteller sei für das Verfahren der vorsorglichen Massnahmen die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

- der Klägerin und Massnahmebeklagten (act. 5/37 S. 1):

"Die Anträge des Beklagten seien vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

Verfügung des Bezirksgerichtes Affoltern vom 23. Juli 2015:

(act. 4 S. 17 = act. 5/55 S. 17)

1. Das Begehren des Massnahmenklägers um Abänderung resp. Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge wird abgewiesen.
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Massnahmenverfahrens bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
3. [Schriftliche Mitteilung].
4. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, kein Fristenstillstand].

Berufungsanträge:

(act. 2 S. 2)

- "1. Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung vom 23. Juli 2015 sei aufzuheben, und die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger für die Pflege und Erziehung der Kinder C._____, geboren tt.mm.1997, und D._____, geboren tt.mm.1999, einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 1'386.--, zuzüglich Kinder- und Ausbildungszulagen, zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, erstmals auf den 1. November 2014.
2. Dem Berufungskläger sei für das obergerichtliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt. Juni 1995. Aus ihrer Ehe sind die drei gemeinsamen Kinder, C._____, geboren am tt.mm.1997, D._____, geboren am tt.mm.1999, und E._____, geboren am tt.mm.2002, hervorgegangen (act. 5/2). Seit dem 13. April 2012 leben die Parteien getrennt (act. 5/ 5/83 S. 5; act. 5/20/10 S. 5; Prot. Vi S. 4). Im Jahr 2012 resp. 2013 durchliefen die Parteien ein Eheschutzverfahren vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern (act. 5/5, Geschäfts-Nr. EE120010), in dessen Rahmen sie am 20. Juni 2012, am 16. Januar 2013 und am 3. April 2013 Teilvereinbarungen über die Regelung des Getrenntlebens im Sinne von Art. 175 f. ZGB schlossen (act. 5/5/33; act. 5/5/61; act. 5/5/82). In denjenigen vom 20. Juni 2012 und 16. Januar 2013 wurde vereinbart, dass C._____ und D._____ für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten und Berufungsklägers (fortan Beklagter) und E._____ unter die Obhut der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) gestellt würden (act. 5/5/33 S. 2; act. 5/5/61 S. 2). Gemäss der Par-

teivereinbarung vom 3. April 2013 verpflichtete sich die Klägerin, dem Beklagten ab dem 1. Januar 2013 an den Unterhalt und die Erziehung der beiden Kinder C._____ sowie D._____ monatlich im Voraus einen Betrag von insgesamt Fr. 200.00 (Fr. 100.00 pro Kind, ohne allfällige vertragliche oder gesetzliche Kinderzulagen) zu leisten (act. 5/5/82 S. 2). Mit Eheschutzentscheid vom 3. April 2013 wurden die Vereinbarungen vorgemerkt und hinsichtlich der Kinderbelange genehmigt; das Eheschutzverfahren wurde dadurch erledigt (act. 5/5/83 = act. 5/20/10).

2. Mit Eingabe vom 29. Juli 2014 machte die Klägerin gegen den Beklagten eine Scheidungsklage nach Art. 114 ZGB am Bezirksgericht Affoltern (fortan Vorinstanz) anhängig (act. 5/1). Seither stehen sich die Parteien vor der Vorinstanz im Scheidungsverfahren gegenüber. Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 24. Oktober 2014 trafen die Parteien eine Teilvereinbarung über die Scheidung und die Scheidungsfolgen (Einverständnis mit Scheidung, elterliche Sorge / Obhut, Wohnsitz / persönlicher Verkehr, Erziehungsgutschriften; act. 5/29; Prot. Vi S. 5). Mit Eingabe vom 31. Oktober 2014 stellte der Beklagte die eingangs genannten Anträge auf Abänderung des Eheschutzentscheides vom 3. April 2013 im Sinne von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens (act. 5/30 S. 2). Daraufhin lud die Vorinstanz die Parteien zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen auf den 16. Januar 2015 vor (act. 5/32; Prot. Vi S. 6 ff.). Nach Weiterungen, insbesondere Fristansetzungen durch die Vorinstanz und Einreichung von Belegen durch den Beklagten zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen, wies die Vorinstanz das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen ab (act. 5/42; act. 5/45-46; act. 5/47; act. 5/51-53). Mit Verfügung vom 23. Juli 2015 wies die Vorinstanz das Massnahmebegehren des Beklagten ab (act. 5/55).

3. Gegen die Verfügung vom 23. Juli 2015 erhob der Beklagte mit Eingabe vom 26. Juli 2015 fristgerecht Berufung. Er stellte die vorstehend aufgeführten Anträge (act. 2).

4. Die vorinstanzlichen Akten, inklusive der Akten des Eheschutzverfahrens mit Geschäfts-Nr. EE120010-A, wurden beigezogen (act. 5/1-57). Da sich die Beru-

fung, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist mit dem vorliegenden Entscheid lediglich ein Doppel der Berufungsschrift des Beklagten zuzustellen.

II.

1. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Unterhaltspflicht der Klägerin für die Kinder C._____ und D._____. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 133 III 393 E. 2, BGE 5A_740/2009 vom 2. Februar 2010 E. 1). Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gemäss den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren der Parteien (das heisst strittige Kinderunterhaltsbeiträge von monatlich je Fr. 1'500.00 für die Kinder und Fr. 1'500.00 für den Beklagten, auf eine Verfahrensdauer von angenommen zwei Jahre gerechnet) ohne Weiteres gegeben.

2. Die Vorinstanz hat die Zuständigkeit für die Abänderung von Eheschutzmassnahmen im Sinne vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sowie das anwendbare Summarverfahren mit entsprechender Beweismittel- als auch Beweismassbeschränkung zutreffend dargestellt, weshalb darauf verwiesen werden kann (act. 4 S. 3 ff.). In Kinderbelangen und somit hinsichtlich des Kinderunterhalts gelten die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und die Officialmaxime; das Gericht *erforscht* den Sachverhalt von Amtes wegen und ist weder von Parteianträgen abhängig noch an solche gebunden (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO; BSK ZPO-Sprecher, 2. A., Basel 2013, Art. 296 N 10 f. und 30).

3.1. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Im Übrigen stellt die Prüfung der

Angemessenheit eine Frage der richtigen Rechtsanwendung dar, weshalb Rügen dazu unter Art. 310 lit. a ZPO fallen. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 310 N 10).

3.2. Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO schriftlich und begründet einzureichen. Enthält die Berufungsschrift keine Begründung, ist auf die Berufung nicht einzutreten. Ist die Begründung nicht geradezu ungenügend, aber in der Substanz mangelhaft, lässt dies das Eintreten auf die Berufung zwar unberührt, kann sich aber in der materiellen Beurteilung zum Nachteil des Berufungsklägers auswirken. Es genügt nicht, in der Berufungsschrift einen blossen Verweis auf die Vorakten anzubringen und pauschale Kritik an vorinstanzlichen Entscheid zu üben oder bloss das vor der Vorinstanz bereits Vorgebrachte zu wiederholen. Zwar besteht keine eigentliche Rügepflicht, aber eine Begründungslast: Die Berufung führende Partei muss sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen. Sie muss darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet hat bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll. Danach muss sie den vorinstanzlichen Erwägungen die aus ihrer Sicht korrekte Rechtsanwendung resp. den korrekten Sachverhalt gegenüberstellen und darlegen, zu welchem abweichenden Ergebnis dies führen soll. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (vgl. zum Ganzen etwa Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 29-31, 36-39 und N 44; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 311 N 36 f.; vgl. OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012 E. 1.1 f., jeweils mit zahlreichen Verweisen).

4. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz bei Kinderbelangen führt nach der Praxis der Kammer jedoch in Abweichung von Art. 317 Abs. 1 ZPO auch im Berufungsverfahren zur unbeschränkten Zulässigkeit von Noven bis zur Urteilsberatung (OGer ZH LC130019 vom 8. Mai 2013, E. 3.1.).

III.

1. Die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft, d.h. die Art. 172 ff. ZGB, sind für vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Für die Frage, ob bestehende Massnahmen abgeändert oder aufgehoben werden können, ist somit Art. 179 ZGB massgebend. Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft können folglich abgeändert werden, wenn nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauerhafte Änderung eingetreten ist oder die tatsächlichen Umstände, die dem Entscheid zugrunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erwiesen haben. Eine Änderung ist ferner angebracht, wenn sich der Entscheid nachträglich im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Gericht die Tatsachen nicht zuverlässig bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutz- bzw. des Präliminarentscheidendes einer Abänderung entgegen. Ob Abänderungsgründe in diesem Sinne vorliegen, ist in einem ersten Schritt zu prüfen. Gelangt man zum Schluss, dass ein Abänderungsgrund vorliegt, muss in einem zweiten Schritt die gesamte Unterhaltsberechnung für beide Ehegatten durchgeführt werden, und zwar mit dem aktuellen Einkommen und den aktuellen (erweiterten) Notbedarfspositionen, steht doch nicht von vornherein fest, ob sich Änderungen verschiedener Faktoren nicht allenfalls gegenseitig aufheben. Das Vorliegen der Voraussetzungen für die Abänderung einer Massnahme berechtigt nicht immer zu einer Abänderung. Eine solche ist ausgeschlossen, wenn eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist. Auf der Einkommenseite bewirkt beispielsweise die selbstverschuldete Arbeitslosigkeit, die grundlose Aufgabe der Erwerbstätigkeit oder die grundlose Annahme einer schlechter bezahlten Arbeitsstelle keine Abänderung (OGer ZH LQ100089 vom 16. November 2012, E. II./7.2. ff.; BGer 5P.473/2006 vom 14. Dezember 2009, E. 3.; BGer 5A_618/2009 vom 14. Dezember 2009, E. 2. m.w.H.; Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 227 m.w.H. sowie S. 230 f.).

2. Vor Vorinstanz machte der Beklagte drei Abänderungsgründe geltend: Den ersten Abänderungsgrund sah er in seinem Einkommen. Der Beklagte führte aus, das Eheschutzgericht habe der Unterhaltsberechnung seine Arbeitslosenentschädigung von Fr. 6'221.00 (recte: Fr. 6'017.00) pro Monat zugrunde gelegt. Man habe seine Aussteuerung damals nicht berücksichtigt, weil man in Betracht gezogen bzw. gehofft habe, dass er innert nützlicher Frist wieder eine Anstellung finden werde. Er habe bei der ... [Arbeitgeber] als Informatiker Grosscomputersysteme gewartet. Im Frühjahr 2011 sei er freigestellt und das Arbeitsverhältnis sei auf den 31. Oktober 2011 beendet worden. Die Rahmenfrist für den Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung sei ihm am 2. Dezember 2011 eröffnet worden und am 1. Dezember 2013 abgelaufen. Seither werde er vom Sozialamt unterstützt. Er sei zurzeit ohne Einkommen und könne keines mehr erzielen. Er habe trotz intensiver Suche in dreieinhalb Jahren keine Anstellung mehr gefunden. Dies liege daran, dass er sich in eine Sackgasse spezialisiert habe und mit einem Alter von über 57 Jahren generell zu einer Gruppe von schwer vermittelbaren Arbeitnehmern gehöre (act. 5/30 S. 3-4; Prot. Vi S. 8). Als zweiten Abänderungsgrund führte der Beklagte eine deutliche Einkommenssteigerung der Klägerin an. Im Eheschutzentscheid vom 3. April 2013 sei davon ausgegangen worden, dass die Klägerin ihr Arbeitspensum auf 80% reduzieren und dabei ein Einkommen von Fr. 7'818.00 netto verdienen werde. In den letzten drei Jahren habe sie jedoch ein durchschnittliches Einkommen von Fr. 8'971.00 verdient (act. 5/30 S. 4 ff.). Den dritten Abänderungsgrund sah der Beklagte in den abgenommenen bzw. nicht mehr vorhandenen Betreuungsbedürfnissen/-kosten der unter der Obhut der Klägerin stehenden Tochter E._____. E._____ sei bei der Trennung elf Jahre alt gewesen und in die Primarschule gegangen. Das Eheschutzgericht habe die finanziellen Folgen einer Arbeitszeitreduktion der Klägerin auf 80% und eine Rundumbetreuung durch die Grossmutter zugelassen. E._____ sei mittlerweile 13 Jahre alt, besuche die Oberstufe und benötige keine Rundumbetreuung mehr (act. 5/30 S. 6).

3. Die Klägerin führte dazu vor Vorinstanz im Wesentlichen aus, es sei bereits im Eheschutzverfahren klar gewesen, dass der Beklagte – sofern er keine Arbeit finde – per Dezember 2013 ausgesteuert sein werde. Diese Tatsache sei voraus-

sehbar gewesen, womit kein Abänderungsgrund vorliege. Abgesehen davon sei dem Beklagten offenbar von Anbeginn klar gewesen, dass er nicht zurück in den Erwerbsprozess wolle; er habe den Kindern im Jahr 2011 und 2012 mitgeteilt, er sei zu spezialisiert und eine weniger qualifizierte Arbeit im IT-Bereich mache er nicht. Die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich somit nicht verändert. Dass der Beklagte nun aufgrund seiner genannten Einstellung ausgesteuert und sozialhilfeabhängig sei, habe er durch sein eigenmächtiges, gegen Treu und Glauben verstossendes, geradezu böswilliges Verhalten bewirkt und selber zu verantworten. Dies stelle keinen Abänderungsgrund dar. Es sei beim Beklagten klar von einem hypothetischen Einkommen auszugehen. Ihr eigenes Einkommen sei gegenüber dem Eheschutzverfahren gesunken, da sie ihre Erwerbstätigkeit per 1. Februar 2015 auf ärztliche Verordnung hin auf 70% habe reduzieren müssen. Sie verlange selber aber keine Abänderung der Unterhaltsbeiträge gemäss dem Eheschutzurteil. Zu den Betreuungsbedürfnissen von E._____ brachte die Klägerin vor, dass sich ihr Arbeitspensum auf alle Wochentage verteile. Es sei nicht zu verantworten, dass ein gerade 13 Jahre alt gewordenes Mädchen jeden Tag nach der Schule stundenlang alleine sei. Die Mitbetreuung von E._____ durch die Grossmutter sei im Eheschutzverfahren anerkannt worden und sei nicht einfach neu zu beurteilen. Eine teilweise Mitbetreuung durch den Beklagten könne sie nicht verantworten. Bei den Betreuungskosten handle es sich nicht um eine Unterstützung der Grossmutter im Sinne von Art. 328 ZGB. Die Kostenübernahme erfolge anstelle einer Lohnzahlung für Fremdbetreuung, welche viel mehr kosten würde (act. 5/37 S. 1 f., 6 und S. 10; Prot. Vi S. 7).

4. Die Vorinstanz kam bei der Prüfung der Abänderungsgründe zum Schluss, dass der Beklagte nicht glaubhaft habe darlegen können, es sei ihm heute ein tieferes Einkommen anzurechnen und es habe auf Seiten der Klägerin eine wesentliche Einkommensänderung stattgefunden. Die verringerte Bedarfssituation beider Parteien sei ebenfalls nicht wesentlich. Daher sei die vom Beklagten beantragte Abänderung resp. Neufestsetzung der gemäss Eheschutzurteil vom 3. April 2013 zu leistenden Unterhaltsbeiträge abzuweisen (act. 4 S. 16 f.).

5.1. Zum Einkommen des Beklagten erwog die Vorinstanz, dass seine Beanspruchung von Sozialhilfe im Umfang von rund Fr. 1'500.00 ausgewiesen sei. Im Weiteren ergebe sich aufgrund der übereinstimmenden Ausführungen der Parteien und dem Eheschutzurteil vom 3. April 2013, dass im Eheschutzverfahren davon ausgegangen worden sei, der Beklagte werde wieder eine Arbeitsstelle finden und ein Einkommen in der Höhe der ausbezahlten Arbeitslosentaggelder erzielen. Einerseits sei damals bereits bekannt gewesen, dass er ab Dezember 2013 keine Arbeitslosenentschädigung mehr erhalten werde. Andererseits hätte man für den Fall, dass er ab Dezember 2013 weniger Einkommen erzielen würde, eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge der Klägerin vorgesehen. Mit anderen Worten sei dem Beklagten spätestens für die Zeit nach Dezember 2013 ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von Fr. 6'017.00 angerechnet worden. Ein solches könne ihm nur dann nicht mehr angerechnet werden, wenn er glaubhaft machen könnte, dass ihm die Erzielung dieses Einkommens trotz aller Anstrengungen nicht mehr zumutbar und möglich sei. Der Beklagte habe jedoch nicht genügend glaubhaft dargelegt, dass es ihm heute aufgrund seines fortgeschrittenen Alters sowie der stark verschlechterten Arbeitsmarktsituation für auf Grosssysteme spezialisierte Arbeitskräfte unzumutbar sei, ein Einkommen zu erzielen. Aus den von ihm eingereichten Zeitungsartikeln würden sich keine konkreten Rückschlüsse auf seine Anstellungschancen ziehen lassen. Hierfür müssten neben dem Alter des Beklagten auch seine Erfahrungen sowie seine konkreten Aus- und Weiterbildungen mitberücksichtigt werden. Gleiches gelte in Bezug auf die eingereichte E-Mail Korrespondenz, bestehend aus mehreren Jobabsagen. Anhand dieser Unterlagen könne nicht beurteilt werden, ob der Beklagte alle ihm zumutbaren Anstrengungen unternommen habe. Vor allem wenn Kinderunterhalt zu regeln sei, stelle das Bundesgericht höhere Anforderungen an die Arbeitssuche als dies die Arbeitslosenkasse im Rahmen der Auszahlung von ALV-Geldern tue. Der Beklagte habe die in der vorliegenden Konstellation (u.a. Unterhalt unmündiger Kinder) geltenden hohen Anforderungen an die Ausschöpfung seiner Erwerbskraft bzw. an die Begründung, weshalb es ihm nicht möglich sei, den angerechneten hypothetischen Lohn zu erzielen, nicht erfüllt. Es sei ihm deshalb weiterhin ein hypothetisches Einkommen von Fr. 6'017.00 netto anzurechnen (act. 4 S. 8-11).

5.2. Der Beklagte rügt in seiner Berufungsschrift, dass die Vorinstanz mit ihren Erwägungen, er habe nicht genügend glaubhaft gemacht, kein Einkommen mehr erzielen zu können, weshalb ihm ein hypothetisches Einkommen anzurechnen und sein Gesuch um Erhöhung des Unterhaltsbeitrages abzuweisen sei, das Gebot der Gleichbehandlung der Kinder verletzt habe. Im Vorwurf, er habe sich zu wenig um Arbeit bemüht, liege ein gewisser moralischer Vorwurf, welcher nicht die Kinder C._____ und D._____ treffen könne. Diese hätten weder die Pflicht, eine Anstellung zu suchen, noch hätten sie dafür zu sorgen, dass er sich mehr um eine Anstellung bemühe. Sein Fehlverhalten könne ihnen nicht vorgehalten werden. Das vorinstanzliche Urteil führe dazu, dass sie dafür bestraft würden, beim Vater und nicht bei der Mutter zu leben, denn sie müssten so die Folgen seiner ungenügenden Bemühungen mittragen, obschon sie nichts dafür könnten. Es komme zu einer eklatanten Ungleichbehandlung der drei Kinder: C._____ und D._____ müssten Sozialhilfe in Anspruch nehmen, während E._____ Mittel von Fr. 3'000.00 zur Verfügung stünden. Bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge für C._____ und D._____ dürfe ihnen deshalb kein hypothetisches Einkommen seinerseits angerechnet werden. Für sie habe sich die Situation auf jeden Fall geändert. Abgesehen davon liege ein Abänderungsgrund vor, wenn sich eine im ursprünglichen Verfahren getroffene Prognose später nicht verwirkliche. Es komme nicht auf die Vorhersehbarkeit einer Änderung an. Es komme darauf an, ob die Änderung im ursprünglichen Entscheid berücksichtigt worden sei oder nicht, was vorliegend nicht der Fall sei. Man habe zwar gehofft, dass er wieder eine Anstellung finden werde. Man habe im Eheschutzentscheid aber weder für den Fall, dass die Prognose eintreffe noch für den Fall, dass sie nicht eintreffe, eine Regelung getroffen (act. 2 Rz. 3-9 S. 2 ff.).

5.3. Im Gegensatz zur Abänderung von Scheidungsurteilen nach Art. 129 ZGB setzt die Abänderung von Eheschutzmassnahmen nicht voraus, dass die (wesentliche und dauernde) Veränderung der Verhältnisse im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB auch unvorhersehbar war (vgl. OGer ZH LY150015 vom 9. Juni 2015, E. 5.2., und LY150020 vom 15. Juli 2015, E. 3.2., je mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Was der Beklagte jedoch daraus und aus seiner Behauptung, dass im Eheschutzentscheid bezüglich seiner Wiederaanstellung

keine Regelung getroffen worden sei, für sich ableiten möchte, ist nicht klar. Insbesondere besteht ein Abänderungsgrund infolge erheblicher und dauerhafter Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nur unter Vorbehalt der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens; ohne die Prüfung eines dem Beklagten anrechenbaren hypothetischen Einkommens wäre es nicht zu einer Unterhaltsabänderung gekommen. Es gilt in sämtlichen Familiensachen zu prüfen, ob den Parteien ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist, sei es um ihren eigenen Bedarf zu decken und so die unterhaltsverpflichtete Partei zu entlasten, oder um den Bedarf einer unterhaltsberechtigten Partei sicherzustellen. Es wird nur, aber immerhin erwartet, dass das Einkommen erzielt wird, das mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen tatsächlich erzielt werden kann. Geht es um Kinderunterhalt, sind hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen (vgl. BGE 128 III 4, E. 4.a und BGE 137 III 118, E. 3.1). Der Beklagte spricht in seiner Berufungsschrift von "seinem Fehlverhalten" und "seinen ungenügenden Bemühungen" bei der Arbeitssuche. Er räumt damit implizit ein Selbstverschulden an der Arbeitslosigkeit ein resp. bestreitet grundsätzlich die Erwägungen der Vorinstanz zum hypothetischen Einkommen und der Anrechenbarkeit eines solchen bei ihm nicht. Er beruft sich einzig auf die Verletzung des Gebots der Gleichbehandlung der Kinder. Seine diesbezügliche Argumentation verfängt jedoch nicht. Leben die gemeinsamen Kinder teils bei der Mutter und teils beim Vater, so haben die Elternteile gemäss ihren eigenen finanziellen Umständen und ihrer Leistungsfähigkeit grundsätzlich jeweils übers Kreuz an die unter der elterlichen Sorge bzw. Obhut des anderen Elternteils stehenden Kinder in Form von Geldzahlungen Unterhalt zu leisten. Der Grundsatz der Gleichbehandlung besagt, dass die Kinder dabei im Verhältnis zu ihren objektiven Bedürfnissen finanziell gleich zu behandeln sind. Bei der Festlegung der finanziellen Umstände bzw. der Leistungsfähigkeit der Eltern ist – wie soeben dargetan – gerade auch bei Kindern eine allfällige Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zu prüfen. Mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens wird kein Strafzweck verfolgt und auch kein moralischer Vorwurf erhoben, vielmehr geht es darum, die wirtschaftliche Existenz der Unterhaltsberechtigten sicherzustellen und die Lasten des Familienunterhalts gerecht zu verteilen. Ist die Anrechnung eines hypothetischen Ein-

kommens bei einem Elternteil nach den bundesgerichtlichen Kriterien zu bejahen, ist gleichsam die Zumutbarkeit und Möglichkeit der Einkommenserzielung in entsprechender Höhe gegeben. Dass es sich dabei nicht um ein effektiv erzielttes Einkommen, sondern gerade eben um ein sog. hypothetisches handelt, ist dem Wesen dieses Rechtsinstituts immanent. Erzielt daher der Elternteil ein hypothetisches Einkommen in tatsächlicher Hinsicht nicht, ist dies unbeachtlich resp. führt dies nicht zu einer Ungleichbehandlung der Kinder, welche bei ihm leben. Rechtlich gesehen werden sie gleich behandelt.

Zusammengefasst kann folglich gesagt werden, dass der Beklagte die Erwägungen der Vorinstanz, es sei ihm ein hypothetisches Einkommen von Fr. 6'017.00 netto anzurechnen, mit seinen Argumenten im Berufungsverfahren nicht umzustossen vermag, zumal er auch nicht annähernd versucht glaubhaft zu machen, es sei ihm die Erzielung eines solchen Einkommens unzumutbar oder unmöglich.

6. Im Weiteren macht der Beklagte Ausführungen dazu, wie bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge für C._____ und D._____ vorzugehen (gewesen) wäre. Ausgehend davon, dass er kein Einkommen erziele und die Klägerin als alleinige Erwerbstätige den Kinderunterhalt bestreiten müsse (act. 2 Rz. 10-14 S. 4 f.). Der der beklaglichen Berechnung zugrunde gelegten Annahme, dass der Kinderunterhalt durch die Klägerin alleine zu bestreiten sei, kann – wie soeben gezeigt – nicht gefolgt werden. An dieser Stelle ist zudem noch einmal darauf hinzuweisen, dass eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge erst in einem zweiten Schritt erfolgt, wenn in einem ersten Schritt das Vorliegen von Abänderungsgründen im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB bejaht wird. Vorliegend war und ist eine Neuberechnung entsprechend nicht angezeigt. Auf die vom Beklagten angestellte eigene Berechnung der Unterhaltsbeiträge für C._____ und D._____ (act. 2 Rz. 10-14 S. 4 f.) ist deshalb – mit Ausnahme der Ausführungen, welche im Zusammenhang mit den bereits vor Vorinstanz thematisierten Abänderungsgründen des erhöhten Einkommens der Klägerin und der entfallenen Betreuungsbedürftigkeit von E._____ stehen (vgl. dazu nachfolgend Erw. III.7.2. und III.8.2.) – nicht weiter einzugehen.

7.1. Zum Einkommen der Klägerin führte die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid aus, dass – entgegen den Vorbringen des Beklagten – nicht auf ein von ihr in den letzten drei Jahren erzieltetes Durchschnittseinkommen abzustellen sei. Für die Prüfung der Abänderungsvoraussetzungen sei auf das aktuelle resp. auf das zuletzt erzielte Einkommen abzustellen und es könnten nur Veränderungen nach dem Eheschutzurteil vom 3. April 2013 beachtlich sein. Aus den Lohnausweisen der Klägerin von Oktober bis Dezember 2014 sei ersichtlich, dass sie einen Nettolohn von Fr. 7'978.40 erzielt habe. Abzüglich der ausbezahlten Kinderzulage von Fr. 500.00 und der Ausbildungszulage von Fr. 250.00 ergebe sich ein massgebendes Einkommen von Fr. 7'228.40 pro Monat, sprich eine Einkommensreduktion von rund 7.5%. Auf das von der Klägerin errechnete Einkommen von Fr. 6'995.00 ab Februar 2015 sei nicht abzustellen. Dieser Betrag beruhe auf einer von der Klägerin selbst erstellen Einkommensliste und der von ihr eingereichte ärztliche Bericht gebe lediglich eine Empfehlung zur Reduktion des Arbeitspensums auf 70% ab. Die Klägerin führe selber aus, die Kinderunterhaltsbeiträge von monatlich insgesamt Fr. 200.00 bezahlen zu wollen. Angesichts deren geringen Höhe sei es trotz Geltung des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes vertretbar, keine genaueren Abklärungen zu einer weitergehenden Einkommensreduktion anzustellen. Die Einkommensreduktion der Klägerin von 7.5% könne nicht als wesentlich qualifiziert werden, weshalb diesbezüglich ein Abänderungsgrund fehle (act. 4 S. 12 f.).

7.2. Der Beklagte setzt sich in seiner Berufungsschrift in keiner Weise mit den vorgenannten vorinstanzlichen Erwägungen zum Einkommen der Klägerin auseinander. Er macht im Rahmen seiner Darlegungen, wie aus seiner Sicht die Kinderunterhaltsbeiträge zu berechnen (gewesen) wären, Ausführungen dazu, dass bei der Klägerin nach wie vor von einer 80-prozentigen Erwerbstätigkeit auszugehen sei (act. 2 Rz. 15 S. 5), obwohl die Vorinstanz von nichts anderem ausging. In Abweichung zu den vorinstanzlichen Erwägungen kommt der Beklagte allerdings zum nicht näher begründeten Schluss, dass weiterhin von dem im Eheschutzentscheid vom 3. April 2013 festgelegten Einkommen der Klägerin von Fr. 7'818.00 (ohne Kinderzulagen) auszugehen sei (act. 2 Rz. 15 S. 6). Der Beklagte genügt damit einerseits den Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht (vgl. oben

Erw. II.3.2.). Andererseits macht er den Abänderungsgrund der deutlichen Einkommenssteigerung der Klägerin, auf welchen er sich (noch) vor Vorinstanz stützte, im Berufungsverfahren (gar) nicht mehr geltend. Weiterungen erübrigen sich deshalb.

8.1. Die Vorinstanz prüfte nicht nur konkret den vom Beklagten im Bedarf der Klägerin angeführten Abänderungsgrund (Entfallen der Betreuungskosten für die Tochter E._____) auf eine wesentliche und dauerhafte Veränderung hin, sie nahm bei den Parteien eine gesamthafte Bedarfsberechnung vor. Dabei stellte sie die ursprünglichen im Eheschutzurteil vom 3. April 2013 berücksichtigten Bedarfspositionen den aktuellen resp. aktualisierten Bedarfspositionen der Parteien gegenüber. Zu den Betreuungskosten von E._____ führte sie aus, dass diese im Eheschutzurteil vom 3. April 2013 Einlass gefunden hätten, von der Klägerin auch weiterhin glaubhaft dargelegt worden und im geltend gemachten, reduzierten Umfang zu berücksichtigen seien. Anhand einer gesamthafte Betrachtung kam die Vorinstanz zum Schluss, dass sich im Bedarf des Beklagten eine Reduktion um 5.5% ergebe und bei der Klägerin eine solche von 5%. Diese Veränderungen seien nicht wesentlich (act. 4 S. 13-16).

8.2. Bei der vom Beklagten angestellten eigenen Berechnung der Kinderunterhaltsbeiträge wiederholt er seinen bereits vor Vorinstanz vertretenen Standpunkt, dass die Betreuungskosten für E._____ im Bedarf der Klägerin nicht mehr zu berücksichtigen seien. Er bringt zur Begründung vor, die Betreuungskosten würden im Wesentlichen darin bestehen, dass die Klägerin ihre Mutter unterstütze. Die Ansprüche der Kinder würden jedoch den Unterstützungsansprüchen der Mutter vorgehen. Zudem sei E._____ mittlerweile 13 Jahre alt, besuche die Oberstufe und sei deshalb, insbesondere während des Tages, nicht mehr auf eine Rundumbetreuung angewiesen. Die Klägerin habe bereits im Eheschutzverfahren ihr Pensum reduziert, weil sie E._____ betreuen müsse. Falls E._____ nachmittags frei haben sollte, könne sie durch die nur 80% arbeitende Klägerin betreut werden. Die Grossmutter werde also nicht gebraucht (act. 2 Rz. 14 S. 5).

8.3. Was den Bedarf der Parteien anbelangt, ist vorauszuschicken, dass das Abänderungsverfahren keine Revision ist; es ermöglicht – wie die Vorinstanz bereits

zutreffend anführte (act. 4 S. 13) – keine umfassende Neubeurteilung der Rechtslage. Es dürfen nur gerade die veränderten Tatsachen und ihre voraussichtliche Weiterentwicklung, nicht aber die gerichtlichen Feststellungen und Wertungen des früheren Prozesses neu beurteilt werden (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, Rz. 09.14, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Dem Vorbringen des Beklagten, dass die Betreuungskosten von E._____ nicht mehr in den Bedarf der Klägerin auszunehmen seien, weil diese damit letztlich ihre Mutter finanziell unterstütze, ist insofern kein Erfolg beschieden. Dass E._____ nicht anderweitig, sondern durch die Grossmutter betreut werden soll und diese entsprechend dafür entlohnt wird, stellen im Eheschutz getroffene Wertungen dar. An diesen ist ohne eine diesbezügliche Verhältnisveränderung nicht zu rütteln. Eine nähere Auseinandersetzung mit dem Vorrang von Kinderunterhalts- gegenüber allfälligen Verwandtenunterstützungsansprüchen erübrigt sich; alles andere würde auf eine unstatthafte Korrektur des Eheschutzentscheides hinauslaufen. Des Weiteren ist dem Beklagten zwar darin zuzustimmen, dass E._____ zwei Jahre älter ist als noch im Eheschutzverfahren. Es kann jedoch keineswegs gesagt werden, dass ein 13-jähriges, am Anfang der Pubertät stehendes Kind keiner Betreuung mehr bedarf. Zusätzlich ist aus den Akten ersichtlich, dass die Tochter E._____ durch die Trennungssituation der Parteien emotional sehr belastet ist. Sie äusserte in der Vergangenheit Suizidgedanken und musste psychologische Hilfe in Anspruch nehmen. Sie stand resp. steht in psychotherapeutischer Behandlung beim Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst in ... (act. 5/5/12; act. 5/5/32 S. 2; act. 5/12 S. 2; act. 5/37 S. 10 f.). Die Tochter E._____ ist deshalb offensichtlich in einem erhöhten Masse auf konstante Betreuung und Unterstützung durch ihr vertraute Personen angewiesen, als es ein Kind in ihrem Alter ansonsten sein mag. Dass E._____ nach der Schule jeweils nicht alleine zu Hause und für sie bereits gekocht ist, wenn sie mittags nach Hause kommt, erscheint angezeigt. Das 80-prozentige Arbeitspensum der Klägerin verteilt sich gemäss ihren glaubhaften Darlegungen vor Vorinstanz auf alle Wochentage. Sie arbeitet am Montag, Dienstag und Donnerstag ganztags bis rund 18.00 Uhr und ist gegen 19.00 Uhr zu Hause. Am Mittwoch und Freitag arbeitet sie bis 14 Uhr (act. 5/37 S. 10). Das erhellt, dass eine hinreichende Betreuung von E._____ im

genannten Sinne durch die Klägerin nicht selber erbracht werden kann und eine Betreuung durch die Grossmutter nach wie vor angezeigt ist. Den Vorbringen des Beklagten, dass im Bedarf der Klägerin keine Betreuungskosten mehr für die Tochter E._____ zu berücksichtigen seien, ist daher nicht zu folgen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, ist von den (gesunkenen) Betreuungskosten von Fr. 1'430.00 auszugehen. Die Reduktion von Fr. 75.00 gegenüber den im Eheschutzurteil berücksichtigten Kosten von Fr. 1'505.00 stellt keine wesentliche Veränderung dar.

9. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass es dem Beklagten nicht gelingt, mit seiner Berufung durchzudringen. Sie ist in der Sache offenkundig unbegründet und demnach abzuweisen und die Verfügung des Bezirksgerichts Affoltern vom 23. Juli 2015 (Geschäfts-Nr. FE140079-A/Z05) ist zu bestätigen.

IV.

1. Der Beklagte hat mit Eingabe vom 26. Juli 2015 ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (act. 2 S. 2 und 6 f.). Da die Gewinnaussichten der Berufung von Anfang an beträchtlich geringer waren als die Verlustrisiken (vgl. vorstehende Erwägungen), ist diese im armenrechtlichen Sinne als aussichtslos anzusehen und das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege ist aus diesem Grund abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO). Weiterungen erübrigen sich.

2. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 bis 3 sowie § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine Entscheidgebühren von Fr. 2'500.00.

Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3. Der Klägerin ist mangels relevanter, zu entschädigender Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), dem Beklagten nicht, weil er unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Bezirksgerichts Affoltern vom 23. Juli 2015 (Geschäfts-Nr. FE140079-A/Z05) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 3/2, sowie an das Bezirksgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 66'528.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: